

# 労働者概念

小 椋 利 夫

## ——労働者概念——

### 一

西ドイツにおいて一九七〇年代のはじめから、いわゆるハマス・メディア/V関係をめぐって、おおよそ同じ内容の大量の訴訟が、連邦労働裁判所におこされ、その後もおこされ続けている<sup>(1)</sup>。それは、当事者間に労働関係が存在していることを確認するための・身分訴訟(Satzklage)を中心とする争いである。ここ十数年来、マスコミ関係の多様な発達にともない労使(契約)関係も複雑になり、従来までの伝統的な基本概念では、労使関係の諸相を十分に捉えることができなくなってきた。

伝統的なドイツ労働法理論によれば、被用者(Arbeitnehmer)≡労働者は、職員(Angestellte)≡ホワイト・カラーと労務者(Arbeiter)≡ブルー・カラーとに分けられ、官公吏(Beamte)≡公務員は、いわゆる労働者には含まれない。

ドイツにおいては、第一次大戦の戦前戦後を通じて、被用者概念をめぐって、いくつかの論争があった。それは労働法の基礎概念の一つであり、労働法を構成する基本的なモメントであったからである。なかでも、その論争の代表

的なものは、ジントハイマー (Hugo Sinzheimer) とカスケル (Walter Kaskel) との間におこなわれたポレミークであった。それに加えて、フックニッパードイ (Hueck=Nipperdey) の論争が添えられて、ドイツにおける二〇世紀前半の一見はなやかな一面をかざるエピソードを提供した。しかしここでは、そのポレミークにふれる余裕はない。ジントハイマーによれば

「……被用者とはまず第一に、使用者と労働法的諸関係によって結びつけられている人々である。このばあい、その人がもっぱら被用者であるか、それとも同時に使用者たとえば取締役や法人または人的団体の法律上の代表者であるかどうかは問題ではない。<sup>(2)</sup> ……ここにいう労働法的諸関係とは、労働契約関係だけにつきるものではない。したがって被用者は、ここで問題になっている意味においては、<sup>(3)</sup> 労働契約の当事者でない者であっても差支えない。決定的なことがらは、被用者と使用者との間に存在する諸関係が労働法的諸関係であるかどうか、という点である」<sup>(4)</sup>とジントハイマーはいう。この場合、被用者が個人として現われるか集団として現われるかは、問題でない。かくして生じうる諸関係の総体を、被用者と使用者との間に成立する一つの結合関係 (Verband) としてとらえるならば、被用者が使用者側との結合関係において注目される場合の被用者概念を、被用者の結合関係概念 (Verbandbegriff) と名づけることができる。更に、「被用者とは、従属労働に依存する人々である。ある人が、家族の生存の基礎を従属労働の給付にしか求め得ない境遇におかれるところの一つの社会的身分 (Stand) の一員であるばあい、その人は被用者である。この被用者概念は使用者側と労働法的諸関係に立つ人々ばかりでなく、このような関係に立たない人々をも包含する。失業している職業的被用者、たとえば失業中の繊維労働者はこれに属する。さらに、現在仕事をもっていないがこれを求めている非職業的被用者、たとえば職業紹介所に求職者として申し出た小金利生活者もこれに属する。この被用者概念は、被用者と使用者との間の結合関係に根ざすものではなく

て、被用者の社会的身分に根ざすものであるから、われわれは、これを被用者の身分概念(Standesbegriff)とよぶ。この概念の適用に当っては、被用者のなんらかの結合関係上の地位というものは顧みられず、もっぱら、当該の諸関係につき被用者がある一定の社会的身分の一員であるという点だけが注目される<sup>(5)</sup>。

以上のような立場からみれば、被用者の種別としてはつぎのようになる<sup>(6)</sup>。

(1) 労務者(Arbeiter)＝いわゆるブルー・カラー 職員でも官公吏でも徒弟でもない被用者である。使用者に使用されて肉体的労働に従事する者、ことに営業(Gewerbe)において使用される者ならびに工業(Industrie)、農林業または建築業において使用される者は、被用者のこのグループに属する。「営業助手」(Gewerbegehilfe、門衛、給仕など)および下級の家事労務の給付のために雇主の家庭に同居する家事使用人(Hausgehilfe)もまた、これに属する。

(2) 職員(Angestellte)いわゆるホワイト・カラー 官公吏でも徒弟でもなく、すぐれて高級のまたは商業的もしくは事務的の労働を給付する被用者である。職員保険法第一条第一項に列挙されている業務に従事する者は、保険加入義務のない者でも、ここにいう職員に属する。職員の主なグループは、商業的労働の給付のために商営業において使用されている商業使用人(Handelsgehilfe)へ商法第五条、法律上は「経営職員(Betriebsbeante)、職工長(Werkmeister)、技師(Techniker)」などと呼ばれている技術職員(technische Angestellte)へ営業法第一三三条a、および使用者の家計内で高級の労務(家計処理、子弟の教育等)を給付する家内使用人(Hausangestellte)である。幹部職員(leitende Angestellte)もまた職員である。ここにいう幹部職員とは、経営の客観的運行に共同決定的に参加するか、あるいは、経営内の他の執業者に対しその上にあって監督活動をなすかのいずれかによって、企業者の知的労働に多かれ少なかれ関与する地位を経営内で占めている職員と理解さ

れる。

(3) 官公吏 (Beante) いわゆる公務員 ライヒ、ラントその他の公共団体に奉仕して、もっぱら公法により規定される労働を給付する被用者である。この後者の特色だけが、現行法上、他の被用者と異なる特別の地位を官公吏に賦与するにすぎない。官公吏の特別の地位を基礎づける特色は、この他には存在しない。<sup>(7)</sup>

(4) 徒弟 (Lehrling) その者の職業教育のために使用される被用者である。従属労働という特色は、徒弟が報酬をもらっているかどうか、また親方 (Lehrherr) の家庭に同居しているかどうかを問わず、徒弟にもあてはまるのである。

(5) 被用者類似の者 (arbeitnehmerähnliche Personen) 被用者ではないが一定の諸関係において明文の規定により被用者と同視される人々である。家内労働者はその一つである。

家内労働とは、他人の事業 (Geschäftsbetrieb) のために他人の労働場所の外部でなされる・他人の処分権から自由な労働である。

家内労働は、他人の処分権から自由な労働である。家内労働者 (Heimarbeiter) は他人の処分権に従属していない。彼らは自ら自己の労働時間を処分する。他人の下においてではなしに、他人のために労働する点で、家内労働者は「外勤労働者」(Außenarbeiter) と異なる。外勤労働者は、たとえば自己の使用人でない者の経営において機械を組立てる機械組立工、あるいは使用人として店主の得意先をまわる出張販売員のように、自己の使用者の労働場所の外部で労働する者であるが、しかし自己の使用者の権力範囲のなかで労働する(本来の意味での被用)者である。

家内労働は、他人の事業のためにする労働である。この点に、自ら自己の労働力の価値を実現せず他人を通じて

これを実現せしめる家内労働者の「経済的従属性」(wirtschaftliche Abhängigkeit)が現われる。このことは、かつて家内労働者に対して一般に用いられた「前貸制労働」(Verlagsarbeit)という言葉に明瞭に反映されている。つまり、「前貸人」(Verleger)は家内労働者の労働生産物によって採算をとることによって、家内労働者を市場から切り離してしまうのである。ここに他人の事業とは、取引のためにする事業(Geschäftsbetrieb)でなければならぬ。注文者またはその親族の個人的需要のためにする労働は、家内労働とみなされない。ただし取引のためにする事業は必ずしも営利を目的とするものであることを要しない。営利意思は営業経営(Gewerbebetrieb)が前提されるばあいには必要であるにすぎない。また、ここにいう他人は労働生産物を市場にもって行って自ら換価する者であることを要しない。自分自身は「中間業者」(Zwischenmeister)として、労働生産の換価を第三者に委ねる者であっても差支えない。この場合、中間業者自身が更にその第三者に対して家内労働者であることもあり得る。しかしいづれにせよ、家内労働者が一人の者のために働くか複数の者のために働くか、あるいは助手を使っているかどうか、更には原料及び補助原料を自ら調達するか第三者を通じて受取るかは、問題でない。

家内労働は他人の労働場所の外部でなされる労働である。ここに、ある人の労働場所が他人の労働場所の外部にあるとは、前者がその他人の常時的監視から遠ざかっている場合をいう。家内労働者の労働場所は、彼の住居の外部にあって専ら労働場所としてのみ用いられる場所である場合もあり、あるいは彼の住居の一部である場合もある。なお家内労働者が製品の仕上げのために一時的に他人の労働場所でいくばくかの労働を給付していても、それによって家内労働たる本来の性格は奪われないが、他方、作業場または工場労働者が半製品または労働原料を自宅で完成または加工することによっては、家内労働は成立しない。

従属労働が存在しないにもかかわらず、現行法が家内労働の一定の諸関係を労働法の適用下においている根拠

は、家内労働者の「経済的従属性」を導き出す彼等の人的関係、及び、かかる従属から生ずる人的反作用が、従属労働の人的関係と反作用とに類似しているという点にある。労働法の関心をよぶ家内労働者の保護必要性はここから生ずる。しかし同時に、家内労働の限界もこの点にある。なぜなら、かかる経済的特色が欠けている場合には、家内労働は問題となり得ないからである。賃工場や賃産業（賃染物作業場、賃刺繍作業場等）の所持者は、家内労働者ではない。家内労働は、報酬の大部分がひきうけた仕事に対する家内労働者自身の労働からひき出される小経営（家内労働法第一八条）についてのみ、問題となり得る。かような場合にのみ、労働法の輻射を家内労働にも及ぼしめる保護必要性が存在するからである。

現行法はとくに工業的家内労働を取りあげている（営業法第一一九条b、ライヒ保険法第一六二条、第一六五条第六号、第五四八条第二号、第一二二六条第二号、家内労働法第一条以下、経営協議会法第三条、第一一条）。

#### 注

- (1) Friedbert Ranke, „Arbeitnehmerbegriff und sozio-ökonomischer Strukturwandel“ - Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts-, Arbeit und Recht, 1979, S. 9 ff. Wilhelm Herschel, „Neue Fragen zur arbeitnehmerähnlichen Personen“, Arbeit und Recht, 1982, S. 336 ff. Manfred Lieb, „Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen“, Recht der Arbeit, 1974, S. 257 ff. Rudolf Becker, Die freie Mitarbeit, 1982, E. Schmidt Verlag.
- (2) Hugo Sinzheimer, Grundzüge des Arbeitsrechts (1927), S. 33.
- (3) この点については、わが国の労働基準法第九条や労働組合法第三条も同様。なお、The Webbs, The History of Trade Unionism, の叙述も同じ意味とみられる。
- (4) Sinzheimer, a. a. O., S. 33.
- (5) Sinzheimer, a. a. O., S. 34. この点について、Lotmar はわれわれのいう身分概念について「潜在的（potentiell）」という表現を用いている。被用者の社会的概念は法律的概念でもある。なぜなら、被用者の社会的概念に、労働法的諸効果が結

びつけられているからである。このことは「労働者は経済的には一つの社会的階級の一員として社会政策的措置の対象であり、法律には個別的労使関係の当事者として社会政策的措置の対象となる」と説明する一部の学説（たとえば Rosin, *Recht der Arbeitsversicherung*）に対する反論として提示できる。法律が被用者概念をいずれの意味に用いているかは、いねに個々の場合について個別的に決定しうるだけである。

(9) Sinzheimer, a. a. O., S. 34 ff.

(7) Sinzheimer, a. a. O., S. 35 ff.

当時（一九二〇年代）における官公吏についてのジンツハイマーの見解は少数説であったし、現在の西ドイツにおいても少数説であるが、現行の日本の法制度やイギリスなどの実情からみれば、先見の明があったといつてよい。ただし、官公吏も公務員が被用者に該当するかどうかの検討は、わが国の実定法上の規定からいってもほとんど実益がない（というのは公務員も被用者＝労働者である）のである。ただ西ドイツでは相変らず公務員は被用者とは看されていない。というのも、通説によれば、被用者とは私法上の契約にもとづき、他人のために従属労働を行なうものをいう、とされている。彼はその労働力を提供し、使用者の指揮権と経営の秩序に服する。この点について、Hueck-Nipperdey, *Grundriss des Arbeitsrechts*, 3. Auflage によって整理しておこう。それによれば、近代的労働法の意味における被用者とは、私法上の契約に基づき、または彼と同等の法律関係において、他人のために労働の義務を負っている人々である。とくに、個々の点で表現の形式は違っているが、判例の立場はそうである。この概念規定から、被用者に関する三つの基本的特徴がでてくる。第一に、被用者は必ず他人に労働を給付することが義務づけられることになる。ここで労働の概念は経済的に理解されるべきである。すなわち、労働は経済的に労働として評価されるべき人間のすべての行動である。より詳細な（概念）規定は不必要と思われる。というのは、理論的には争いがあるにしても経済生活の実際においては、ほとんど疑いがないからである。精神労働が肉体労働との関連で全く同等であることは自明のことだ。第二に、労働給付の義務は、一般に使用者と締結された私法上の契約に基づいて成立するものでなければならない。被用者概念についてのこの前提は、争いがないわけではないが、被用者と従属労働は行なうが労働法の適用下にはない他の人々のグループとを区別するためにどうしても必要だと思われる。その人々とは官公使、労働の義務がある家族構成員、隷属的な労働者（囚人など）などである。契約すなわち双方の自由な意志による決定を重視することは、労働関係の人格的内容に、かつ基本法二条にいう独立の人格としての被用者の評価に公平である。公的（官庁による）形成行為によって創設された労働関係は、自由意思により締結された契約と等置

される。今日では主として重度身体障害者法において役立っているように、企業者（使用者）が一定の数の重度障害者を雇い入れる義務を果していないときには、ラント労働局は使用者に重度障害者を割当てる。法律はそのような場合には、実際に官庁の決定（宣告）が労働関係を創ることによって契約を仮定するのである（いわゆる強制契約）。この擬制は、この労働関係が効力においては契約に基づいたものと同等であることを示しており、それゆえ雇入れられた者は真正の被用者である。労働契約は八法律上有効であることを必要としない。法的に瑕疵があっても労働契約は施行され、事実上就業した者は被用者であり、彼に対して労働法の規範が適用される。第三に、労働は八他人のために、給付されなければならない。このことによって、非独立的な、あるいは従属的被用者は、労働の給付は義務づけられているが、従属関係にはない人々、とくに独立せる企業者と区別される。それゆえ八人格的従属が存在せざるをえないし、その意味するところは、広範にわたり、労働給付に関して服従義務が成立せざるをえないのである。自分で決定した労働とは反対に、他人によって決定された労働が（当面の）問題なのである。

（8） 家内労働に相応する概念は、わが国には見当らない。しかし被用者類似の者のなかで、家内労働者をもっとも特徴的な諸点をもっているとおもわれるので、あえたことでとりあげた。現在問題となっているのはフリーの協働（者）である。いわゆるフリー・ランサーのカメラマンや音楽家やテレビの映像助手兼演出家などであるが、その実体についてはあまり詳しく知られていないのが実情のようである。判例や論文にてくくるものを具体的に検討しようとしても、いまの段階ではそれらの実体を知る手がかりは、残念ながら見当らないようである。

## 二

民法の定める典型契約のうち他人の労務の利用を目的とする契約としては、雇傭（以下雇用）・請負・委任があげられる。これらを一般に労務供給契約とよんでいるが、その性質の異同や、具体的な契約がどの典型契約に属するかが問題になるのは、雇用・請負・委任の三つである。

わが民法典の立法者ならびにその後の学説の一致している理解によれば、この三つの契約の特質はつぎのようにい



われている。<sup>(1)</sup>

雇用は、労務に服すること、すなわち労務それ自体の給付を目的とし、かつそこでの労務給付は使用者の指揮命令のもとにおこなわれる（つまり労働力の支配は使用者の手中にある）。

請負は、労務の成果の給付（仕事の完成）を目的とするものであり、それゆえそこでは労務はそれ自体としては問題にされないが、成果に必要な労務は当然請負人の自主性のもとに実現され、その成果たる仕事の完成についての危険も、請負人がこれを負担する（労働をしても仕事の完成がなければ報酬を得られない）。

委任は、労務それ自体の給付を目的とするが、労務供給者たる受任者は自己の裁量で所定の事務を処理するという意味での独立性を有する。

すなわち、この三種の典型契約のそれぞれを特徴づけ、また相互に区別するものとしては、少なくとも二つの基準が考えられる。その一は、労務の成果が契約の要素をなすか否か、換言すれば、成果実現に関する危険を労務供給者側が負担するか否か、という基準である。この基準からみて肯定側にあるのが請負であり、雇用と委任とはその反対側にある。その二は、労務給付（あるいは労働の行程）において、労務供給者側が労務受領者側に従属するか、あるいはこれに対して独立性を有するか、という基準であり、これによれば、雇用においては従属性が特徴であり、請負と委任においては独立性が特徴である。ゆえに、請負と委任とは、労務供給者側の独立性という点では共通しているが、労務の成果たる仕事完成についての危険の負担は、前者においてのみ認められる。ところで、労働の独立性と、仕事完成の危険の負担とは、自然に結びつくと考えられるから、後者（危険の負担）を欠く委任においては、同じく労働の独立性があるとはいっても、請負の場合の独立性よりはやや弱いそれであるというべきであろうか（来栖一四二・一五一）。

ところで、労働法という独自の法領域が確立するにしたがって、この労働法の対象となるべき労務供給契約は特に労働契約と呼ばれるようになった。このような、労働法の規律対象となるべき労働・労働者ないしは労働契約というものの意義の把握にあたっては、その中心概念として「従属労働」(Abhängige Arbeit)ないし「労働の従属性」(Abhängigkeit der Arbeit)を据えるのがドイツやフランスの通説的見解のようであり、わが国においても多数説であるといえる。

しかし、従属労働ないしは労働の従属性といっても、その概念内容として学者の説くところは、経済的従属説・特定職業従属説・他人決定従属説・組織従属説・人格的従属説など多岐に分かれ、更には、従属労働論に対する批判的見解もある(以上、簡単な概観としては、窪田「従属労働は労働法の基礎概念といわれているが、それは具体的にどのような意味をもっているのか」窪田Ⅱ本多Ⅱ片岡、労働法の基礎知識九以下)。すなわち、労働法の発生という従属的労働といわれるものが近代資本制社会の発展ないしは変様という歴史的条件によって規定されたものであることはたしかであるが、そこで労働の従属性といわれるものは、それが一箇の実用法学上の概念として用いられるかぎりにおいては、市民法上ないしは民法典の平面において請負や委任から雇用を区別するさいにいわれる従属性という概念と同じものなのか異なったものなのか、異なるものだとしたらどこが異なるのか、といった問題である、といいかえてもよいかも知れない。このことは、ドイツにおいては民法上委任が無償契約として構成されているので―そして、あらゆる種類の労務は雇用契約の目的となりうると明文でことわってもあるので―従属性(Abhängigkeit)の概念は彼の国での雇用のなかで労働契約と非労働契約(日本でいえば、ある種の有償委任にあたるようなもの)とを区別するために唱えられ始めたという事情ともからんで出てくる疑問である。

注

(9) このほかさらに寄託を労務供給契約の一つに数える学者も少なくない。以下の説明は、幾代 通「契約」注釈民法第一六卷(昭和四二年)二頁以下を参照した。

## 三

さきにもふれたように労働力の供給契約についてわが国の民法は、雇傭(以下雇用六二三条以下)、委任(六四三条以下)、請負(六三二条以下)などを規定しているが、労働基準法第九条は労働者を「事業に使用される者」で「賃金を支払われる者」というように定めている。<sup>(10)</sup>

そこで、労働省労働基準局は、労働基準法第九条の労働者に該当するかどうかの検討にあたって、民法の雇傭(用)、委任、請負の形式に捉われないで、その事実上の関係に着目している。たとえば労働省は、初期の段階から、新聞配達に従事する学童や、馬手は「労働関係」があることによって労働者とみなし、また、生命保険の外務員は委任契約であっても「実質上の労働関係」が存するときは労働者だとし、さらに、新聞配達人、商船学校の実習生、市町村の固定資産評価員、宿日直業務に従事する学校用務員などは「使用従属関係」があるから労働者だとし、看護婦見習、特殊飲食店などにおける接客婦、あんま、はり灸師などは「実質的な使用従属関係」が存在するかぎり、労働者だとしている。<sup>(11)</sup>これらは、労働省の通達にみられる考え方である。

ところで、労働基準法の労働者の判定にあたって、判例はどのような動きを示してきたであろうか。労働判例の推移については、のちに若干ふれることにして、ここでは最高裁判所の動向にふれておきたい。

昭和五一年五月六日最高裁判所第一法廷は二つの事件に関連して、つぎのような判決をだしている。まず一つは

「本件の自由出演契約が、会社において放送の都度演奏者と出演条件等を交渉して個別的に契約を締結することの困難さと煩雑さを回避し、楽団員をあらかじめ会社の事業組織のなかに組み入れておくことによって、放送事業の遂行上不可欠な演奏労働力を恒常的に確保しようとするものであることは明らかであり、この点においては専属出演契約及び優先出演契約と異なるところがない。……出演について楽団員になんらの義務を負わず、単にその任意の協力のみを期待したものであるとは解されず、むしろ、原則としては発注に応じて出演すべき義務のあることを前提としつつ、ただ個々の場合に他社出演等を理由に出演しないことがあっても、当然には契約違反等の責任を問わないという趣旨の契約であるとみるのが相当である。……会社において必要とするときは随時その一方的に指定するところによって楽団員に出演を求めることができ、楽団員が原則としてこれに従うべき基本的関係がある以上、たとえ会社の都合によって現実の出演時間がいかに減少したとしても、楽団員の演奏労働力の処分につき会社が指揮命令の権能を有しないものということはできない。また、自由出演契約に基づき楽団員に支払われる出演報酬のうち契約金が不出演によって減額されないことは前記のとおりであるが、楽団員は、いわゆる有名芸術家とは異なり、出演についてなんら裁量を与えられていないのであるから、その出演報酬は、演奏によってもたらされる芸術的価値を評価したものというよりは、むしろ、演奏という労務の提供それ自体の対価であるとするのが相当であって、その一部たる契約金は、楽団員に生活の資として一応の安定した収入を与えるための最低保障給たる性質を有するものと認めるべきである。

以上の諸点からすれば、楽団員は、自由出演契約のもとにおいてもなお、会社に対する関係において労働組合法の適用を受けるべき労働者にあたると解すべきである」(昭51・5・6中日放送管弦楽団事件最(一)判)。

もう一つは、下請会社の外注業者から派遣された社外工が親会社に団体交渉を申込んだので、その親会社が社外工

の使用者であるかどうか、争われた事件である。最高裁はつぎの事実関係に着目した。

1 「会社は、社外工を受け入れるにあたっては、かかる外注業者の実態については全く無関心で、社外工本人の履歴書、住民票の提出を求める等個人の技能、信用に着眼して人物本位に受入れを決定しており（個人が会社名を名乗ることも放任していた）、また、社外工の勤務態度や技術程度が不良であるときは、外注業者にその者の派遣を中止させ、外注業者が独自に代わりの社外工を派遣することは認められていなかった」

2 「会社を受け入れられた社外工は、同会社従業員の勤務時間と同一時間事実上拘束され、同会社従業員と同一の設計室で、同会社の用具等を用い、同会社職制の指揮監督のもとで、同会社従業員と同一の作業に従事しており、その間それぞれ所属の外注業者から作業や勤務等につき指示を受けることは全くなかった。しかし、社外工には、参加人会社の就業規則は適用されず、また、同会社から有給休暇や退職金を与えられることもなかった」

3 「社外工の作業に対しては会社から外注業者あてに請負代金名義で対価が支払われたが、その金額は、各社外工につきその労働時間又は出来高に応じて計算した額を合算したものであり、これを各社外工がそれぞれの作業実績に比例して分配していた」

最高裁は、以上の事実関係の下において、社外工にたいして、「親会社の就業規則が適用されていなくても、両者の間には、労働組合法の適用を受けるべき雇用関係が成立していたものとして」会社は社外工との関係において、労働組合法第七条にいう使用者にあたるとした（昭51・5・6 油研工業事件最裁（一）判）。

以上の二件は、いずれも団体交渉拒否をめぐる不当労働行為事件である。不当労働行為のうち団体交渉については、労働組合法第七条に「使用者が雇用する労働者の代表者の団体交渉」が明文化されているから、労働委員会や下

級審のなかにはとかく雇用関係の有無にこだわったものもあったが、みぎの二つの最高裁の判例は、昭和三〇年代の最高裁判例とことなり、使用従属関係を中心においたものといえよう。<sup>(12)</sup>

ところで、判例の流れに沿って、労働基準法上の労働者の判定に目を向けてみると、つぎのような三段階の動きを示していることがわかる。<sup>(13)</sup>

①第一段階 第一段階は、昭和二〇年、三〇年代で、労働省労働基準局の通達の提案する使用従属関係に眼を向けないで、雇用契約の存否を中心とした時期である。民法によると、雇用は、「労務に服すること」と「報酬」とが対価関係の契約であり（六二三条以下）、請負は、「仕事の完成」にたいして報酬を与える契約であり（六三二条以下）、委任は、雇用より高級な労務を信頼関係を背景に「委託」し、「承諾する契約」である（六四二条以下）。裁判所は、民法の伝統的な解釈によって、雇用であれば労働基準法を適用し、請負や委託であれば労働基準法を適用しないとした。

もっとも、この時期から、使用従属関係に着目した判例がないわけではない。市立小学校教員の超過勤務手当の事件であるが、裁判所は、「小学校教員も従属的労働者であって独立経営者の如く、労働時間や作業態様を自ら決定し得ざる関係上、労基法によって労働時間を制限したり、休日を規定したりせねばならぬ立場に置かれている」と述べている（昭25・11・9京都市立翔鸞小学校事件京都地判）。

しかし、この時期のほとんどすべての判例は、雇用契約か否かという見地から、労働基準法の適用を判断した。この時期において、雇用契約がないとして労働基準法の適用を否認したケースから述べると、最初に登場したのは、新聞配達・集金人について、通達の指摘した新聞配達人における使用従属関係をまったく無視し、その請負性に着目し、雇用契約がないとし、その解雇に労働基準法第二〇条の解雇予告の規定、同法の休業手当の関係規定（二六条・

一一四条)の適用を認めなかった(昭25・7・25旭川新聞販売所事件旭川地判)。

つぎに、裁判所は、債権取立人について、その契約を債権取立を委託しそれが実現した場合に報酬を支払う旨の約定のある委任とみなし、雇用を前提とした貸金請求権を認めなかった(昭34・5・12青柳質店事件東京地判)。

有名な山崎証券事件では、名古屋高裁の雇用契約の判断(昭33・9・4名古屋高判)を斥けて、最高裁は、「上告人(本人)は、外務員として、右会社の顧客から株式その他の有価証券の売買又はその委託の媒介、取次又はその代理の注文を受けた場合、これを右会社に通じて売買その他の証券取引を成立させるいわゆる外務行為に従事すべき義務を負担し、右会社はこれに対する報酬として出来高に応じて賃金を支払う義務があると同時に上告人がなした有価証券の売買委託を受理すべき義務を負担していたものであり、右契約には期間の定めがなかったというのであるから、右契約は内容上雇傭契約ではなく、委任若しくは委任類似の契約であり、少くとも労働基準法の適用さるべき性質のものでない」として、(原判決はこれを雇傭契約といっているが、右は単にその法律見解を述べたに過ぎないものと解すべきである)とし、労働基準法第二〇条の解雇予告の規定の適用を認めなかった(昭36・5・25山崎証券事件最(一)判)。これは、委託関係を重視し、使用従属関係には眼を向けていない。

しかし、この時期において、雇用契約だとして労働基準法の適用を認めた判例は、もとより誕生している。たとえば繊維商品仲買人のためにお客勧誘に従事する者について、会社は、雇用契約が成立していないと主張したが、裁判所は、「彼は会社に毎日出勤し、会社のために資金繰り及び顧客の勧誘をなすなどの労務を提供し、会社は彼を顧問として待遇し、右の労務に対する対価として毎月三万円を支払う約束が成立している」とし、未払い賃金の請求権を認めた(昭30・3・3東織商事事件東京地判)。

また、最高裁は、大平製紙事件では、「職務内容は、会社において「ドクタ塗装機械」用の塗料製法の指導、塗料

の研究であり、一般従業員とは異なり、直接加工部長の指揮命令に服することなくむしろ同部長の相談役ともいうべき立場にあり、また遅刻、早退等によって給与の減額を受けることがなかったとはいえ、週六日間朝九時から夕方四時まで勤務し、毎月一定の本給のほか時給の二割五分増の割合で計算した残業手当の支払いを受けていたという」内容の「嘱託契約が雇用契約（厳密に言えば、労働契約）」であって、「労働法の適用を受くべき労働者である」とした原審の判断を正当とし、結局、その解雇を無効とした（昭37・5・18最（二）判）。

この時期に注目すべきことは、使用従属関係論の芽が労働判例のなかにすでにはじめていることである。セメントの販売員が会社のためにその販売先をさがして取引の交渉をし、取引が成立したときは、会社は一定の割合による報酬を支払う旨の契約について、裁判所は、その使用関係を会社が販売員の提供する「労務自体を自己の支配内に採入れて利用することを目的とする従属使用関係であって結局出来高払制による雇用の一形態に属するものと解するを相当とする」としている。

同裁判所は、その従属的使用関係について、「凡そ物品販売というが如き一般的業務において当該営業の成否を左右するとも云うべき最も重要な販売価格並に取引方法の決定については勿論のこと、個々の取引をするか否かの最終的決定権をすべて原告会社に留保してその余の補助的労務——注文取り——にのみ従事せしめていたことが上述した通りである以上は、かかる部面における日常の指揮命令がどの程度になされていたか、或は全くなされていなかったかに論なく、それ自体従属的使用関係であるとせねばならぬ」と述べ、右販売員は労働基準法の労働者にあたるから、損害賠償の予定額を定めた労働基準法第一六条に違反した差入書の関係条項を無効とした（昭32・7・19山陽商事販売員事件神戸地判）。

②第二段階 第二の段階は、昭和四〇年の初頭からはじまる。それは、使用従属関係から、雇用契約にアプローチ



しようとするものである。すなわちある労務供給に関する契約が雇用契約かあるいは請負契約ないし準委任契約かは、契約の形式にとられず、当該契約当事者間に労働提供について実質上使用従属関係があるか否かについて判断して決めようとするものである。

もとより、この時期においても、前時期に引き続き、伝統的民法のテクニックで雇用か委任かという見地から判断されたものもある（昭47・1・28木津川倉庫事件大阪地判、昭50・9・23増淵製作所事件東京地判）。

しかし、この時期では、圧倒的多数の労働判例が使用従属関係の存否によって、雇用契約を判定し、労働基準法、労働組合法の差別なく労働者とみなす方法論をもっている。

このなかで、使用従属関係を否認したケースからとりあげてみよう。このケースで有名なのは、大塚印刷事件である。この事件では、筆耕業務従事の契約が雇用契約か否かが争われたものである。裁判所は、その判定にあたった、「使用従属関係の徴表と考えられる次の諸点、(1)仕事の依頼、業務従事に対する諸否の自由の有無、(2)時間的場所的拘束性の有無―勤務時間（始業および終業時の定め）、勤務場所の指定、(3)業務内容が使用者において定められ、業務遂行過程における使用者の一般的な指揮監督関係の有無、服務規律の適用、(4)労務提供の代替制の有無、(5)業務用器具の負担関係、(6)報酬が労働自体の対償的性格を有するか否か―生活保障給的要素、労働の質に対する較差、欠勤控除、超勤手当等の有無、付随的に給与所得税等の源泉徴収の有無、さらに退職金制度の存否等を考慮すべきである」を指摘している。

裁判所は、以上の点について、いちいち検討をし、納期までに仕事をするということ以外はすべて自由で、「使用者の指揮監督の下に労務提供がなされ、一般的な指揮監督下に組み込まれていると評価しうる」という実質上の使用従属関係はないので雇用契約の成立を認めることはできず、したがって労働基準法の解雇、賃金請求権の保護を受け

ることはできないとした（昭48・2・6大塚印刷事件東京地判）。

使用従属関係を肯定したケースがこの時期に入るとむしろ多い。すなわち使用従属関係のパイプを通して雇用契約の成立とみなし、労働法の労働者と断定する判例が続出してゐる。

そのなかでも、放送の芸能員のケースがとくに多く目につく。広島地裁は、広島中央放送局芸能員解雇不当労働行為事件で、「芸能員は放送事業の組織の一部を組成するものであり、その意味においてその提供する芸術的労働は一般職員のそれと異なるところはなく」、使用従属関係を認め、労働組合法の労働者と断定したし（昭41・8・8広島地判）、また、ラジオ中国事件では、その「出演契約は仕事の完成を目的とする請負ないしこれに類似する契約とは認めがたく、……使用従属関係が認められ、報酬の支払は労務の給付そのものに対してなされ、またそれは生活給的要素を包含するものと認められるから、本件出演契約は雇用契約であると認めるのが相当であり、申請人らは労働基準法、労働組合法等の保護を受ける労働者と認めるべきである」としている（昭42・2・21広島地判）。

東京12チャンネルタイトルデザイナー事件では、東京地裁は、タイトル契約者について、「建前はともかく、実質的には出社を義務づけられ、相当の時間職場に留ることを要請され、あるいは早番、遅番のシフトを組むなど、被申請人の営業に即応できる勤務態勢をとることを要求されているほか、割り当てられた仕事を拒否することもなく、厚生施設の使用、定期健康診断、源泉徴収等は他の従業員と同一の取扱いをされ、前記のような内容の身分証明書も発行されていたのである。これらの事情を併せ考えると、申請人と被申請人との契約は、請負的性格と共に、雇傭的性格——従って従属労働としての性格——をも含んだ一種の混合契約とみうるものであり、その雇傭的性格の範囲内において、なお労働法上の保護をも受けうるものであるというべきである」としている（昭43・10・25東京地判）。

なお、中部日本放送の合唱団員及び管弦楽団員の労働組合の団体交渉拒否が不当労働行為になるか否かについて、

それら団員の労働組合法の労働者性が問題となった。愛知地労委は、使用従属関係を否認しその労働者性を認めず救済しなかったが（昭41・2・19）、裁判所は、一審（昭46・12・12名古屋地判）、二審（昭49・9・18名古屋高判）とも、使用従属関係を認め救済をした。この点についての最高裁の判決は、後に述べる。

この他に、裁判所は、同じ方法論を下関魚市場の鮮魚選別作業員に適用し、「法理論上雇用契約の要素とされる支配従属関係が生じたものであり」、したがって「最低保障付出来高払制賃金による雇用契約（労働基準法二七条参照）」が存在し、「労働基準法、労働組合法等の保護を受ける労働者である」とし、「本件解雇は不当労働行為で無効」であるとした（昭47・7・17下関市場事件山口地判）。貨物自動車持ち込みで勤務した運転手の解雇事件では、裁判所は、会社が当該運転手を「勤務時間中完全に拘束してその支配下におさめ」ている点より使用従属関係にあったものとして、雇用契約関係が成立していたものであるとし、この雇用契約と同時に彼らの貨物自動車の貸借契約の混合契約を含んでいたとみるべきであり、そしてこの雇用契約の点で、労働法の労働者だとしてその解雇を不当労働行為として無効とした（昭49・2・22セキノ興産事件富山地決）。

また、この時期において、裁判所は、委託にたいしても、昭和二〇年、昭和三〇年代と異なり、使用従属関係に着目している。NHKの委託集金者の抗議交渉活動の正当性をめぐる事件で、仙台高裁は、その委託集金者の労働者性について、「その業務内容および指揮従属関係は、NHKの職員である集金人と定時出勤制の点を除いて殆んど差異がなく、……委託集金者は、副業的に集金業務を行なう限られた一部の者については疑問があるものの、一般的にはその業務および従属性の実質からみてNHKと雇傭関係にある労働者と解するのが相当である」としている（昭48・10・8NHK山形事件仙台高判）。

さらに裁判所は、日本瓦斯の委託集金者の解雇事件では、もっと進んだ考え方を示した。昭和三〇年代の山崎証券

事件に関する最高裁判決は、その委託外務員は民法の伝統的解釈から雇用契約でなく委託もしくは委任類似の契約であるから、労働基準法が適用にならないとしたが、昭和四〇年代においては、右のNHKの委託集金者についてみられるように、使用従属関係があるから雇用契約が存在し労働基準法が適用になるとした。そして、本件では、裁判所は、「労基法第九条は、事業主との契約関係が民法上の雇傭であることを同法上の労働者たる要件としてはおらず、……労基法上の労働者であるか否かは、結局は事業主に『使用される者』といえるか否か、換言すれば、その労務の給付を事業主の指揮監督に従っている者といえるか否かによって決められるべきものということが出来る」とし、その指揮監督の実態から、その指揮監督を受ける程度、範囲が、本人が自主的に決定し得る程度、範囲よりもむしろ大きかったということができるとして、労働基準法の労働者と認めた（昭48・8・8日本瓦斯事件鹿兒島地判）。

この時期でもう一つ注目すべき判例は、親会社の施設内で、親会社の管理職の指揮下に働いている子会社からの派遣労働者と親会社との間に、直接の契約関係がなく、就業規則の適用がなくても、事実上の支配関係から、親会社を労働組合法上の使用者とみなすものである。親会社油研工業における下請契約の解約、労務提供の拒否、団体交渉の拒否をめぐる油研工業事件では、神奈川地労委は、両者の間に労働契約の存在が認められないから解雇を論ずる余地はなく、不当労働行為としての救済申立ては失当であるし、また、会社は組合の団交要求に応ずるいわれもないとして、申立てを棄却した（昭42・5・12）。しかし一審の横浜地裁は、「労働者が例えばいわゆる社外工として、形式的な労働契約面では子企業に所属するにとどまり、現実に労務を提供する相手の親企業との間には直接何らの契約がない場合であっても、親企業の被用者と一緒に親企業の工場で就労し、しかも親企業の決定する職場秩序ならびに親企業の直接的指揮監督下におかれ、子企業がこれらの点につき何らの支配力を有しない場合には、親企業そのものが労組法上の使用者である」とし、地労委命令を取消し（昭47・10・24横浜地判）、二審の東京高裁もこれを認容した（昭

49・5・29東京高判。

③第三段階 第三段階は、昭和五〇年の初頭からはじまる。それは、使用従属関係から直接労働法の適用にアプローチしようとする動きである。

もともと、これに反抗する地裁の判例が、ポツンと一つ登場している。日本データ・ビジネスの派遣キーパンチャーの解約事件である。全日本空輸株式会社（全日空）は、日本データ・ビジネス株式会社（NDB）からキーパンチャーの派遣を受けていた。その派遣は、職業安定法第四四条の労働者供給事業の禁止規定や労働基準法第六条の中間搾取の排除の規定の違反を当局から問われたこともなく、また、キーパンチャーの具体的勤務はすべてNDBのチーフが決めていた。全日空のどの課に誰をいつ派遣するか、出勤簿やタイムレコーダーなどによる出勤状況のチェック、欠勤・遅参・早退などについてのチェック、残業、就業規則の改訂、各種届出の提出方法の変更などの一般的な連絡的事項はそのチーフが行ない、健康保険、失業保険、労災保険なども、NDBが事業主として行ない、さらに、永年勤続者の表彰、定期健康診断の実施、ボーリング大会などレクリエーション行事の実行、レクリエーション費用の補助なども、NDBが独自に行ない、なお、賃金、賞与はすべてNDBの給与規定に基づいてNDBがその額などを決定し、銀行振込の方法により当人の預金口座に入金して支給していたような事実関係をふまえて、裁判所は、キーパンチャーたちが「作業実施等の面においてある程度全日空側の指揮に服していたことは否定しえないとしても、NDBの支配関係を全く離れて、直接全日空の指揮・命令の下に拘束を受けて就労する状態にあったもの」つまり全日空と彼女たちの間に事実上の使用従属関係が成立するにいたっているとまで認めることは困難であるとして、労働契約関係を否認した。

具体的ケースで、使用従属関係を否認した例はすでに述べた大塚印刷事件にも見られるが、この裁判所は、さら

に、本件で、これまで長い間、労働省労働基準局の通達ならびに労働判例の積み重ねてきた流れに逆行する独自の見解を示している。それは、使用従属関係は事実上の関係にとどまり、それが法的関係である労働契約関係に転化するということはあり得ないし、その転化のための法的根拠はないし、とくに、労務提供に関するなんらかの契約が現実には締結されていない場合にも、事実上の使用従属関係があるかぎり、法律上も労働契約関係が認められるとすることには論理の飛躍があるというのである（昭51・6・17日本データ・ビジネス事件大阪地決）。

裁判所は当初、通達とは異なり労働基準法の適用を受けるためには、雇用契約の存在を前提とし、雇用契約が存在しているか否かは民法の伝統的な解釈によっていたが、その後使用従属関係の存否によって決めるようになった。それは、事実上の使用従属関係が法的関係である労働契約関係に転化するのではなく、法的な労働契約関係があるか否かが事実上の使用従属関係によって判定するというのである。すなわち、使用従属関係は、その有無によって労働契約の有無が決まる点ではまさに労働契約の要素といえるが、それ自身が法的関係として判断の対象になるのではなく、その判断のための資料ともいえるべき事実なのである。

しかも昭和五〇年代になると、たとえば九州電力委託検針員解約事件では、裁判所は、日本瓦斯事件の判例の趣旨を継承し、使用従属関係中心に、雇用契約離れを打ちだしている。すなわち「労働基準法の保護を受ける労働者であるか否かを判定するに当っては、……労務提供の形態を実質的に考察して決しなければならない。労働基準法第九条は、事業主に使用される者で、その労働の対価の支払を受ける者をもって労働者としていて、事業主との契約関係が民法上の雇傭契約であることを要件とはしていないから、労働基準法の労働者であるか否かは『事業主に使用される』か否か、結局その者が使用従属関係にあるか否かによって決められるべきである。そしてその労務提供の実態を実質的に考察して、使用従属関係が認められる場合には、……労働基準法上の労働者の地位を承認すべきものと解せ

られる」とし、その実態を追求している。

①会社に一方的に採否の決定権があり、②契約のもっとも重要な内容である検針日、検針地区、検針枚数、手数料額等も、会社の一方的な決定事項であって、③また、検針業務遂行の過程においても、自主的に決定し得る事項は、検針現場への行き方とか検針順序などのわずかな点に限られ、④業務の代替性についても、検針員の家族らがいわゆる代行検針に従事することは、事実上きわめて困難であって、⑤就労時間には一般の従業員（社員）とほぼ同様に、少なくとも七ないし八時間業務に拘束されることとなる。また、病気の場合の診断書提出や、業務に支障のある場合の会社への連絡を義務づけられることにより、会社の一種の監督に服しているとみることできるし、⑥収入面においても、検針枚数及び手数料単価が一定していることにより、毎月の手数料収入は殆ど定額化されて一種の固定給的な性格をおび、かつその支給日も毎月一定しており、一般従業員の受ける賃金とさして変りのない実情にある。

以上のような諸点を総合考慮すると、独立に検針業務を請負うものとみることが相当でなく、会社に従属し、その指揮監督下において労務を提供する関係すなわち使用従属関係にあるとみられるから、たとえ契約の形式が準委任ないしは請負契約に類似のあるものであるとしても、その実質においては、労働契約であり、労働基準法上の労働者の地位を有するものと認めるのが相当であるとしている（昭50・2・25九州電力事件福岡地判）。

労働基準法上の運用にあたって、通達は初期の段階から使用従属関係を中心にしてきた。それに対し、裁判所は昭和二〇年代、昭和三〇年代では伝統的民法概念によって雇用契約であるかどうかによって判断していたが、昭和四〇年代では使用従属関係によって雇用契約の存否を判断するようになった。そして昭和五〇年代に入って、使用従属関係によって、①直接労働基準法を適用するもの、②直接労組法第七条第二号の「雇用する」関係を認めるもの、③暗黙に雇用契約の成立を認めるもの、④暗黙に労働契約の成立を認めるものなどが大勢を占めるようになった。<sup>(14)</sup>

昭和五〇年代に入って、労働判例が指摘するように、労働基準法の適用になる労働者は、「事業に使用される者」で「賃金を支払われる者」と定義され（同法九条）、雇用契約を前提としていない。

民法は、雇用契約について、労・使の対等を前提とし、「雇傭ハ当事者ノ一方カ相手方ニ対シテ勞務ニ服スルコトヲ約シ相手方カ之ニ其報酬ヲ与フルコトヲ約スルニ因リテ其効力ヲ生ス」と定め（六二三条）、当事者の合意づくりの契約であることを明確にしている。

しかし、その合意が対等の立場で結ばれたものでないために、その内容は、使用者の一方的に決められきわめて非人道的なものとなっていた。たとえば『女工哀史』にでている大正十二年十二月十二日の誓約書をみても、その一つに、「御雇入期間中勞務ニ対スル賃金ハ総テ貴工場時々ノ御定メニ從ヒ決シテ不服等申出間敷候事」とあり、他のものには、「満三ヶ年間御社御指定ノ勞務ニ従事シ且ツ勞務時間賃金等総テ御社ノ御指図ニ從フベキコト」さらに「御社事業ノ御都合上又ハ本人不都合ノ処為アルニヨリ解雇セラルルモ異議ナキハ勿論御社職工規定ニヨリ如何様御取計相成候トモ苦情申立間敷コト」（六四、六五頁）と記名押印させられている。

しかも実際の場合には、正式な契約がなくとも事実上働かせている場合が少なくない。末弘博士は、労働法の立案過程においても、「労働法においては労働関係さえあれば、たとえ正式の契約関係がなくても、場合によってはあたかも契約関係があると同様に処理する必要があることを忘れてはならない」と指摘されていた（末弘徹太郎「労働法のはなし」五三頁）。

末弘博士の指摘なども考慮して、労働基準法は、「労働契約」という用語をしばしば使用しているが（二条・一三条・一四条・一五条・一六条・一八条など）、労働契約の定義をしていないし、民法第六二三条の雇用の規定のように合意によることも規定していない。つまり、労働基準法の法意は、労働基準法第九条の労働者に該当すれば当然に



労働基準法が適用になり、労働契約の合意を擬制しなくても労働契約の規定が適用されることにある。そして、労働基準法第十九条の解雇の規定の適用を受ける場合には、当然、労働契約の締結が前提となっていることを注意する必要がある。

労働省労働基準局も、とくに、労働契約に関する定義規定を設けなかった理由について、「これは、労働契約の当事者である労働者と使用者について、直接、定義規定を設けることによって（九条、一〇条）その適用範囲を明確にしているため」と述べている（労働省労働基準局編著「解釈通観労働基準法」四六頁）。

労働基準法第九条の労働者は、雇用契約を前提とせず、その判定にあたって、労働省労働基準局は、労使関係の認定にあたって「使用従属関係」あるいは「実質上労働関係」という概念を使用しつつつけてきているが、この概念はドイツの労働法学から強い影響を受けたものである。

このような使用従属関係があるなら、労働基準法の適用を受けるから、労働基準法の労働契約の規定の保護を受ける。したがって当然に民法上の雇用契約ではなく労働基準法上の労働契約が成立していることになる。労働契約の成立がなければ、労働基準法の解雇の規定を受けないからである。

この場合、「暗黙に」雇用契約あるいは労働契約の成立を認めるのではなく、「客観的に」「労働契約の成立」を労働基準法の適用によって認めることになる。その意味では、日本瓦斯事件や九州電力委託検針員事件の判決の使用従属関係によって労働基準法適用の労働者とみなし、解雇に直接取組んだ姿勢は、労働基準法の立案趣旨に合致する。

以上のような通達・判例の流れをみるかぎり、わが国における労働者概念の変化を特徴づけるものとして、労働契約関係の拡大または使用従属関係の拡大という視点が、徐々に定着しつつあるということが指摘できよう。

ところが、数年来、一部の立法や行政措置によって、みぎの流れに逆行する傾向がみられるようになってきた。た

たとえばへいわゆる労働者派遣法<sup>V</sup>である。この法律が「労働者保護」に資するものか、「企業側の需要」に應えるものであるか、などについてはさまざまな論説が発表されているが、<sup>(15)</sup>本稿では紙幅の都合上もあって、一応、へかなり問題点<sup>V</sup>をもっている法律である旨を明記するにとどめておきたい。

注

(10) 労働者については労組法第三条参照。憲法第二八条の勤労者も同旨。賃金については労基法第一条、事業または事務所については労基法第八条と同法施則第一条参照。

(11) 松岡三郎 労働基準法一七四ページ ダイヤモンド社。

(12) 松岡、前掲八七ページ。

(13) 松岡、前掲七六ページ以下。

(14) 松岡、前掲書 九九ページ。

(15) 外尾健一「労働者派遣事業法制化の問題点」ジュリスト八三一号一九ページ。

松林和夫「労働者派遣法による職安法『改正』と派遣事業の合法化」学会誌労働法六五号一三七ページ。その他。